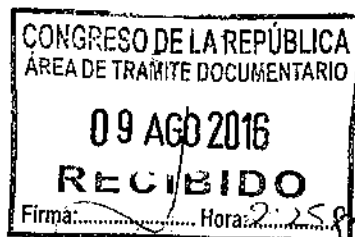


Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten.



Proyecto de Ley N° 005/2016-CR

Los congresistas que suscriben, miembros del Grupo Parlamentario Frente Amplio por la Justicia, Vida y Libertad, a iniciativa de los congresistas **Marco Antonio Arana Zegarra** y **Tania Edith Pariona Tarqui** en ejercicio de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y conforme lo establecen los artículos 74, 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente proyecto de Resolución Legislativa.

PROYECTO DE RESOLUCION LEGISLATIVA¹

RESOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO QUE MODIFICA EL REGLAMENTO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA PARA INCORPORAR EL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS SOBRE MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE LES AFECTEN

Artículo 1. Modificación de los artículos 70, 73, 75, 77 y 78 del Reglamento del Congreso de la República

Modifíquense los artículos 70, 73, 75 y 77 del Reglamento del Congreso de la República, los cuales quedan redactados de la siguiente manera:

Dictámenes

Artículo 70. Los dictámenes son los documentos que contienen una exposición documentada, precisa y clara de los estudios que realizan las Comisiones sobre las proposiciones de ley y resolución legislativa que son sometidas a su conocimiento, además de las conclusiones y recomendaciones derivadas de dicho estudio. Deben incluir una sumilla de las opiniones que sobre el proyecto de ley hubiesen hecho llegar las organizaciones ciudadanas. En el caso de dictámenes recaídos en proyectos de ley que afecten los derechos colectivos de los pueblos indígenas, las comisiones dictaminadoras solicitan opinión a las organizaciones de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta la medida y el ámbito territorial de su alcance. Los autores de los proyectos son invitados a las sesiones cuando se traten sus proyectos.

(...)

¹ El presente proyecto de Resolución Legislativa recoge literalmente la fórmula normativa aprobada en la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afropereños, Ambiente y Ecología en la sesión del 2 de diciembre del 2014 correspondiente al Periodo Legislativo 2011-2016. Siendo esta propuesta legislativa producto del consenso alcanzado con las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas a través del Pacto de Unidad.

Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten.

Etapas del procedimiento

Artículo 73. El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas:

(...)

Están exceptuadas de este procedimiento los proyectos con trámite distinto, previsto en el presente Reglamento o los que hubieran sido expresamente exonerados del mismo, por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso.

Ninguna proposición de ley que afecte los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios es exonerada del cumplimiento de estas etapas.

Requisitos y presentación de las proposiciones

Artículo 75. Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental **o sobre la afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.** De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.

(...)

Envío a Comisiones y estudio

Artículo 77.

(...)

De no existir observaciones, el Oficial Mayor envía la proposición recibida y registrada a una o dos Comisiones, como máximo, para su estudio y dictamen, previa consulta con el Vicepresidente encargado. En la remisión de las proposiciones a Comisiones se aplica el criterio de especialización. En el decreto de envío se cuida de insertar la fecha, el número de la proposición y el nombre de la Comisión a la que se envía. En el caso de envío a más de una Comisión, el orden en que aparezcan en el decreto determina la importancia asignada a la Comisión en el conocimiento del asunto materia de la proposición. **Las proposiciones que impliquen una posible afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios son decretadas a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, en calidad de comisión principal.**

Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten.

Debate y aprobación

Artículo 78. (...)

De aprobarse la proposición de ley o resolución legislativa, la oficina especializada de la Oficialía Mayor redactará la autógrafa, la misma que será firmada de inmediato por el Presidente y uno de los Vicepresidentes. No se podrá debatir ninguna proposición que no tenga dictamen de Comisión, salvo la excepción señalada en el presente Reglamento.

En caso de aprobarse, en primera votación, una proposición de ley o resolución legislativa que pueda afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, esta medida se somete al procedimiento de consulta previa regulado en la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y su reglamento, el Decreto Supremo 001-2012-MC, en lo que resulte aplicable. En esta misma sesión, el Pleno del Congreso delega a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología realizar el proceso de consulta previa y formular el ámbito territorial de su alcance, los cuales constan en acta de consulta. En la toma de acuerdos, los miembros de esta comisión, se rigen por las reglas de quórum y votaciones.

La Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología realiza el diseño del Plan de Consulta con participación de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos pudieren ser afectados.

La segunda votación a que se refiere el inciso e) del artículo 73 deberá efectuarse transcurridos siete (7) días calendario como mínimo. Esta segunda votación será a totalidad y con debate. Para el caso de la preposición de ley o resolución legislativa, que afecten los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios la segunda votación se realiza luego de terminada la etapa del diálogo. El plazo para realizar este proceso no debe exceder ciento veinte (120) días calendario, contados a partir de la entrega de la medida legislativa aprobada en primera votación a las organizaciones indígenas. Este plazo puede prorrogarse cuando existan razones justificadas.

El Pleno del Congreso, en segunda votación, no modifica aquellos aspectos que hayan sido objeto de acuerdo con las organizaciones indígenas. El acta de consulta donde consta el acuerdo adoptado, se distribuye conjuntamente con el texto aprobado en primera votación para pronunciamiento definitivo del Pleno del Congreso, previo informe del Presidente de la Comisión Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología.

Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten.

(...)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Propositiones de ley pendiente de trámite legislativo

Las proposiciones de ley que impliquen una posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios que se encuentren pendiente de dictamen en comisiones, que hubieran sido dictaminadas en comisiones o que hubieran sido objeto de aprobación en el Pleno del Congreso en primera votación, se sujetan a lo establecido en la presente resolución legislativa.

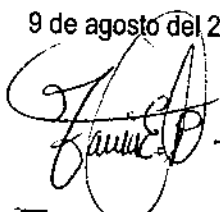
SEGUNDA. Recursos para la consulta

La Mesa Directiva del Congreso de la República, dentro de su disponibilidad presupuestal, garantiza los recursos necesarios que demande el proceso de consulta de medida legislativa con el fin de asegurar la participación de los pueblos indígenas u originarios.

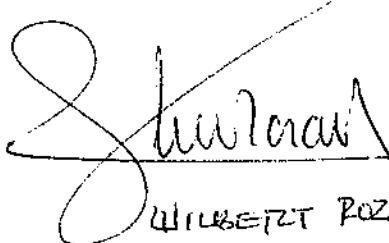
TERCERA. Asistencia técnica y asesoramiento del Comité Consultivo

La Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología para identificar a los pueblos indígenas u originarios, a sus organizaciones representativas y para implementar el proceso de consulta previa de medida legislativa a que hubiera lugar, cuenta con la asistencia técnica y asesoramiento de un Comité Consultivo, adscrito a ella, que incluye la participación de representantes de las organizaciones indígenas y originarias.

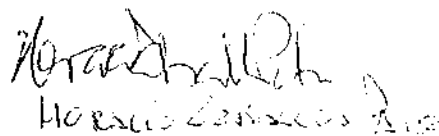
9 de agosto del 2016



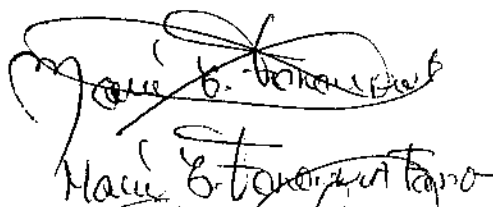
TANIA E. PARIONA TARQUI




WILBERT POZAS B



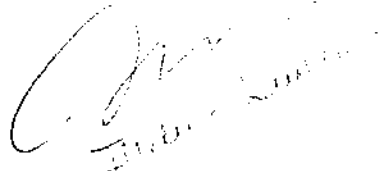
HORACIO CONTRERAS



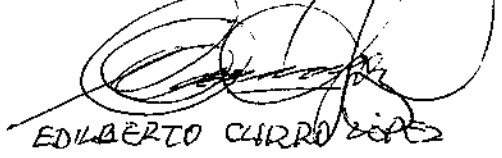
MARI E. TORANZO



ORACIO PACURI MAMANI



MARIO CANZIO ALVAREZ

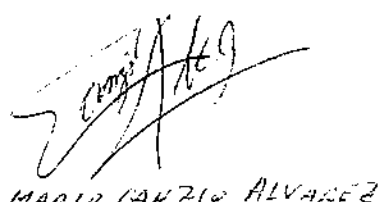


EDILBERTO CURRO

MAZ/JLR



MARCO ANTONIO ARANA ZEGARRA
Directivo Portavoz Grupo Parlamentario
El Frente Amplio por Justicia, Vida y
Libertad



MARIO CANZIO ALVAREZ

Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten.

EXPOSICION DE MOTIVOS

La presente fórmula normativa se ha basado literalmente en el dictamen que la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología aprobó el 2 de diciembre del 2014. En este sentido se deja constancia expresa de esta situación, atendiendo a lo señalado en el artículo 76, inciso 2, literal d) del Reglamento del Congreso de la República.

Esta situación obedece a que dicho texto recogió los aportes de las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas agrupados en el Pacto de Unidad: Organización Nacional de Mujeres Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP), la Confederación Nacional Agraria (CNA), la Confederación Campesina del Perú (CCP). También estuvo de acuerdo la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Amazonia Peruana (AIDESEP). En este sentido, consideramos que debe tomarse dicho insumo de trabajo como principal elemento para iniciar el procedimiento legislativo en el presente periodo y proponer la siguiente exposición de motivos.

I. MARCO NORMATIVO

1. Marco Nacional e Internacional

- Constitución Política del Perú.
- Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas .
- Reglamento del Congreso de la República.
- Resolución Legislativa N° 26253, Aprueban el "Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes".
- Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT.

II. ANALISIS DE LA PROPUESTA²

1. El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el ordenamiento jurídico internacional.

El derecho de consulta previa de los pueblos indígenas ha sido materia de abordaje en diversas normas internacionales tanto a nivel universal como regional. Existe por lo tanto una serie de estándares vinculantes para los Estados que comprenden tratados y convenios internacionales así como una vasta jurisprudencia emanada de los órganos supranacionales que en el caso

² El desarrollo de la exposición de motivo se basa en el artículo escrito por Javier La Rosa Calle "La incorporación de la consulta previa en el procedimiento legislativo" publicado en la Revista Cuadernos Parlamentarios N° 16 del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios del Congreso de la República, Cuarto Trimestre, 2016.

Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten.

peruano hemos aceptado. A continuación revisaremos las normas y directrices más relevantes que deben orientar la legislación interna.

1.1 Estándares de acuerdo a las normas y principios del Convenio 169 de la OIT.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales –en adelante Convenio 169– es la principal norma del sistema universal de derechos humanos que se refiere al derecho a la consulta previa. Se trata de una norma aprobada en 1989 que buscó establecer una clara diferencia con lo que hasta ese momento había venido siendo la regulación internacional de los pueblos indígenas.

En este sentido, el preámbulo de esta norma es ilustradora de este enfoque cuando establece en su cuarto párrafo que dada la evolución del derecho internacional desde 1957³ y por los cambios producidos en *"la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;"* (subrayado es nuestro).

Con lo cual queda reafirmado que las normas que se aprobaban tendrían una dimensión axiológica contraria a lo que había venido rigiendo hasta ese momento en la OIT y en los diversos países, de suerte que el Convenio 169 tendría que ser interpretado e implementado bajo estas consideraciones que reconocían el derecho de los pueblos indígenas y tribales a dirigir sus propias formas de desarrollo, preservando su identidad y con el derecho a participar y ser consultados sobre las decisiones que los Estados adoptasen y que los afecten.

Por ende, son bajo estas consideraciones que debe leerse el artículo 6 del Convenio 169 cuando obliga a los gobiernos a consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas cada vez que se propongan medidas legislativas o administrativas que les afecte directamente.

Al respecto, la Comisión de Expertos que resulta ser uno de los órganos de control de la OIT ha enfatizado que uno de los desafíos fundamentales en la aplicación del Convenio 169 es "(i) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblo indígenas y tribales; (...)"⁴

Es por tanto importante entender que los Estados tienen la obligación de establecer los mecanismos que permitan la participación y consulta previa de los pueblos indígenas y tribales como una forma de dar cumplimiento a las disposiciones emanadas de esta norma, debiendo seguirse lo señalado por la Comisión de Expertos en el año 2008 cuando afirma que este derecho es "la piedra angular" del Convenio 169⁵.

³ Fecha en que se aprueba el Convenio N° 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales.

⁴ OIT. "Los derechos de los pueblos indígenas en la práctica – Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT". Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, pág. 64.

⁵ Comisión de Expertos, Observación General sobre el Convenio 169, 79° reunión, 2008.

Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten.

Se trata entonces de una disposición normativa singular que genera a los países que suscriben el Convenio 169 una serie de obligaciones para adecuar sus disposiciones internas a las orientaciones que establece la norma internacional, debiendo relieves la incorporación de la perspectiva intercultural en todas las políticas públicas que los Estados planeen realizar ya que de ese modo se asumiría una "vía democrática para solucionar la situación de postergación social, económica y jurídica en que se encuentra los pueblos"⁶.

1.2 Estándares de acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y según las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Principalmente ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("la Corte") quien ha establecido los estándares más relevantes para determinar los alcances del derecho a la consulta previa a partir de la jurisprudencia emanada de la Convención Americana de Derechos Humanos ("la Convención"), interpretada de forma concordada con los avances producidos en una serie de normas del derecho internacional.

De este modo son las sentencias desarrolladas en los casos de los pueblos Saramaka con Surinam y el pueblo Sarayaku con Ecuador las principales referencias de cómo el Sistema Interamericano entiende la concreción de este derecho. Adicionalmente, para efectos interpretativos ilustra mucho el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominado "Derecho de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales".

Desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos existe la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas que se origina, en primer lugar, a partir de la interpretación del artículo 23 de la Convención referido al derecho a la participación en todos los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. A partir de ello la CIDH ha señalado: **"En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho de participación política incluye el derecho a participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres, y formas de organización"**⁷.

⁶ PINTO, Vladimir y RIVERO, Ramón. *"La Consulta Previa: Desarrollo Normativo Internacional y Comparado y su aplicación en el Perú"*. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), Lima, 2012, pag. 20.

⁷ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *"Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos"*. Organización de Estados Americanos, 2010, párrafo 274.

Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten.

En segundo lugar, se desprende del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente, tal como ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al artículo 21 de la Convención, estableciendo un "concepto de propiedad diferente para los pueblos indígenas y tribales, fundado en el reconocimiento del carácter colectivo de la misma y su estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprenden de ellos"⁸.

Asimismo, del derecho se proyecta la identidad cultural por "la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio, el cual tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática"⁹.

Es por ello que puede señalarse que desde la Corte está claramente delimitado el estándar de la consulta previa como una obligación del Estado que debería consultar al menos acerca de los siguientes seis asuntos:

1. El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo afectado.
2. El reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva de las organizaciones representativas indígenas.
3. **El proceso de adopción de medidas legislativas**, administrativas o de otra índole que incidan en el reconocimiento, protección, y garantía de los derechos colectivos indígenas (subrayado nuestro).
4. El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho de los pueblos indígenas a ser efectivamente consultados, de conformidad con sus tradiciones y costumbres.
5. Sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental.

⁸ DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION. "El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú". Lima, 2011, pag. 15.

⁹ CORTE IDH, Caso del Pueblo Sarayacu con Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012, Sentencia de Fondo y Reparaciones, párrafo 159.

Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten.

6. En relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad de los pueblos indígenas, particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten sus territorios¹⁰.

Se trata entonces de un conjunto de normas y principios que establecen obligaciones y orientaciones para que los Estados realicen procesos de consulta previa de buena fe a través de mecanismos de diálogo intercultural que tengan como objetivo alcanzar un acuerdo o el consentimiento del pueblo indígena consultado.

1.3 Estándares de acuerdo las directrices del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas

En su último informe sobre el Perú el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Indígenas señala los aspectos positivos que contiene la Ley de Consulta Previa aprobada en setiembre del 2011 en tanto que reconoce los estándares internacionales en la materia, como es el caso que las consultas deban realizarse de forma previa, de buena fe, en el idioma de los pueblos indígenas afectados, con información oportuna, dentro de un plazo razonable y a través de un proceso de diálogo intercultural¹¹.

También se señala que más allá de los aspectos positivos de la legislación aprobada por el Perú, el desafío ahora consiste en "implementar la consulta previa de modo que se instrumentalice y se salvaguarde todo el espectro de derechos humanos de los pueblos indígenas. (...) De modo que la consulta debe funcionar como una salvaguardia de los derechos internacionalmente reconocidos de los pueblos indígenas que suelen verse afectados por las industrias extractivas realizadas en sus territorios y no solo un mecanismo para lograr la autorización de la medida legislativa o administrativa consultada"¹².

Finalmente, hay todo un énfasis en la importancia de lograr el consentimiento de los pueblos indígenas consultados que en determinados contextos puede significar que de no alcanzarse esta finalidad se produzca una prohibición de la medida o el proyecto¹³.

¹⁰ CORTE IDH, *Caso del Pueblo de Saramaka con Surinam*. Sentencia del 12 de agosto del 2008, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 16. En: YAÑEZ Nancy y SILVA, Hernando. El derecho a la consulta a los pueblos indígenas en el sistema jurídico internacional. Informe 19 IWGIA - 2014 Observatorio Ciudadano, Santiago, 2014. Pag. 14-15.

¹¹ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS. *La situación de los derechos de los pueblos indígenas en Perú, en relación con las industrias extractivas*. 7 de mayo del 2014, en A/HRC/27/52/Add.3 párrafo 33. Disponible en línea: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/072/47/PDF/G1407247.pdf?OpenElement> (revisado el 25 de mayo del 2015)

¹² Ibid, párrafo 35

¹³ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 15 de julio del 2009, A/HRC/12/34, párrafo 43.

Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten.

Al respecto, ya desde el 2007 la Corte ha establecido en el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam que "cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones". Dicho en otras palabras, ha sido regulado de modo pretoriano la obligación de obtener el consentimiento a la que alude la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁴.

2. El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el ordenamiento jurídico nacional.

En el caso del Perú se ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en febrero de 1993. La vigencia de este tratado empezó el 2 de febrero de 1995 por lo que desde esa fecha ha estado incorporado en el ordenamiento interno el derecho a la consulta previa.

Posteriormente, la conjunción de una serie de factores respecto al cumplimiento de este derecho generaron que en el Estado peruano no se llevaran a cabo procesos de consulta previa, lo cual tuvo entre otros efectos que las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas incorporasen dentro de sus demandas la aprobación de una ley que implementase la consulta previa.

De este modo, en el 2011 en el presente periodo legislativo se adoptó en uno de sus primeros actos la aprobación, desde el 7 setiembre del 2011, de la Ley 29785 – Ley de Consulta Previa¹⁵. Consecutivamente, desde el Poder Ejecutivo se ha expedido el reglamento de dicha norma, el Decreto Supremo 001-2012-MC aprobado el 3 de abril del 2012. En el primer caso, la ley de consulta previa recoge los principales aportes que hicieron llegar las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas. En el caso del reglamento de esta ley, si bien fue sometido a un proceso de consulta previa, ha sido materia de críticas por parte de las organizaciones antes mencionadas porque no se respetaron los acuerdos arribados con los representantes estatales, aprobándose un texto que recogía parcialmente los consensos establecidos.

Adicionalmente es importante resaltar una norma de carácter reglamentario que establece la Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de los Pueblos Indígenas u Originarios – Directiva N° 003-2012-MC¹⁶ en la que se establecen los criterios objetivos y

¹⁴ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas". En: BOGDANDY, Armin von y otros (ed.) "La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un iusconstitucional commune en América Latina? Tomo II. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2010, pág. 40.

¹⁵ La Ley 29785 entró en vigencia en diciembre del 2011. El contenido del texto y su reglamento puede revisarse en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/compendio-normativo.pdf>

¹⁶ Puede verse en: <http://transparencia.cultura.gob.pe/sites/default/files/transparencia/2012/06/resoluciones-ministeriales/1359.pdf>

Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten.

subjetivo para determinar si se acredita la condición de pueblo indígena. A raíz de ello se ha publicado una lista de 52 pueblos indígenas existentes en todo el país¹⁷.

A nivel jurisprudencial lo desarrollado en el Tribunal Constitucional aún resulta exiguuo, sin embargo, es posible identificar algunos aportes en sus sentencias:

1. *La sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC (Caso Cordillera Escalera).*

La cual principalmente desarrolla la idea del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT. Siendo a nuestro modo de ver una de la más importante, no sólo por tratarse de un pronunciamiento del TC que por primera vez aludía al derecho a la consulta previa, sino porque establecía una serie de consideraciones que debían ser tomadas en cuenta para entender la diversidad étnica y cultural del país. De otro lado, exhortaba al Congreso de la República a desarrollar una legislación sobre consulta previa¹⁸.

2. *La sentencia recaída en el expediente N° 0022- 2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama I).*

Es hasta el momento el pronunciamiento más claro y progresista del colegiado que establece reglas sobre las etapas del proceso de consulta; asimismo, señala los principios que deben orientar la realización de la consulta: buena fe, flexibilidad, la finalidad de alcanzar un acuerdo, transparencia, implementación oportuna del proceso de consulta; se hace también una explicación sobre lo que diferencia al derecho a la consulta y el derecho a veto; finalmente, destaca que se haya reconocido la obligación de compartir los beneficios de las actividades consultadas.

3. *La sentencia recaída en el expediente N° 06316-2008-PA/TC (Caso Aidesep I).*

Este pronunciamiento no tiene los avances de la sentencia anterior, sin embargo destaca que se haya señalado que resultan nulos todos los actos administrativos que no hayan sido consultados desde la vigencia del Convenio 169 de la OIT. Menciona la importancia de la seguridad jurídica de las empresas que habrían actuado de buena fe cuando el Estado les aprobó las concesiones.

4. *La sentencia recaída en el expediente N° 05427-2009-TC (Caso Aidesep II)*

Aquí resulta interesante de este pronunciamiento que se ratifique la fuerza normativa de las disposiciones con rango constitucional que tendrían aplicación inmediata, y en tanto el Convenio 169 de la OIT tiene esta categoría, puede sostenerse que debe aplicarse sin necesidad que haya una ley de desarrollo; asimismo, se ordena al Ministerio de Energía y Minas que aprobar una regulación reglamentaria sobre consulta previa, lo cual realizó esta entidad en mayo del 2011 cuando aprobó el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación de la consulta previa a los pueblos indígenas en actividades minero energéticas.

5. *La sentencia recaída en el expediente N° 0023-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama II).*

Este pronunciamiento se manifiesta en sentido contrario de las anteriores sentencias, estableciendo que una disposición de naturaleza forestal no afecta a los pueblos indígenas

¹⁷ La lista de los pueblos indígenas puede verse en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas.pdf>

¹⁸ Es importante la fecha en que se publica esta sentencia, en febrero del 2009, antes de las protestas que se dieron en la Amazonía de Peruana, antes de los sucesos de Bagua.

Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten.

y por lo tanto no tendría por qué ser consultada; en un segundo aspecto el Tribunal Constitucional asevera que los derechos al territorio y a los recursos naturales de las comunidades y pueblos indígenas le pertenecen al Estado.

6. *Resolución aclaratoria de la sentencia recaída en el expediente N° 06316-2008-PA/TC.*

En esta resolución el tribunal peruano sostiene que el Convenio 169 de la OIT es exigible en el ordenamiento jurídico interno a partir de la expedición de la sentencia 00022-2009-PI/TC, es decir, desde el 9 de junio del 2010 y no desde 1995 cuando fue la fecha que el Perú ratificó dicho tratado internacional.

7. *La sentencia recaída en el expediente N° 00025-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama III)*

Aquí se corrige la anterior resolución aclaratoria señalando que el Convenio 169 de la OIT está vigente desde el 2 de febrero de 1995, fecha que inició su vigencia en el Perú. Sin embargo, tiene otros aspectos polémicos como el hecho que se señale en este pronunciamiento que el agua no es un recurso natural relevante para los pueblos indígenas dentro de su territorio y que por lo tanto no tiene que ser sometido a un proceso de consulta previa.

8. *La sentencia recaída en el expediente N° 00026-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama IV)*

Aquí se declara improcedente la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Recursos Hídricos (Decreto Legislativo N° 1083) porque se había producido sustracción de la materia, al haberse ya derogado esa norma.

9. *La sentencia recaída en el expediente N° 00027-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama V)*

Aquí se declara improcedente la demanda de inconstitucionalidad con el Decreto Legislativo N° 1020 referido a crédito agrario. Se señala que dicha medida no afecta directamente a los pueblos indígenas.

10. *La sentencia recaída en el expediente N° 00028-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama VI)*

Esta sentencia es declarada improcedente porque la demanda se plantea contra la Ley que crea el Sistema Hídrico Nacional, la cual fue derogada posteriormente por la Ley de Recursos Hídricos (Ley 29338).

11. *La sentencia recaída en el expediente N° 00024-2009-PI (Caso Tuanama Tuanama VII)*

Esta sentencia se refiere al caso de fomento de inversiones en tierras eriazas que al no ser tituladas podrían ser enajenadas por el Estado. Los demandantes sostenían que en los territorios de las comunidades nativas existían varios casos de falta de titulación por lo que la disposición de estas tierras afectaban de modo directo su propiedad, de allí que esta medida debía habérsele consultado. Fue declarada improcedente porque se señaló que no se trataba de una medida que afectaba directamente.

Es posible afirmar entonces que tenemos un marco normativo interno que reconoce la vigencia del derecho a la consulta previa desde 1995, habiéndose precisado desde setiembre del 2011 un

Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten.

procedimiento cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a los pueblos indígenas.

3. El Derecho a la Consulta Previa sobre medidas legislativas

Sin lugar a dudas la obligación estatal de realizar procesos de consulta previa cada vez que se prevean medidas legislativas que afecten de modo directo a los pueblos indígenas irradia también al Congreso de la República. Esta obligación, que se desprende del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, de la Jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Ley 29785 –Ley de Consulta Previa, establece una serie de efectos que deben dilucidarse para el desarrollo de la vía procedimental que permita implementarla. No obstante, la combinación de los derechos configurados en el Convenio 169 para ser admisibles en sede legislativa deben resguardar el principio democrático, habida cuenta que conforme reza el artículo 45 de la Constitución Política el poder emana del pueblo y en concordancia con lo previsto en el artículo 43 del mismo instrumento supremo, dicho ejercicio de poder se hace a través de la democracia representativa, es decir, por medio de los congresistas en quienes reposa la voluntad popular.

Precisamente la garantía de la autonomía parlamentaria impone procurar la incrustación de la consulta sin afectar las prerrogativas populares. En este sentido, conforme señala la Defensoría del Pueblo en el Informe N° 001-2014-DP/AMASPP¹⁹, elaborado por el Programa de Pueblos Indígenas, se sugiere que la norma que se legisle tome en cuenta el procedimiento ya vigente, de modo que a nivel estatal existan criterios uniformes sobre la aplicabilidad de este mecanismo.

En tal sentido, se trata de reconocer lo establecido en el artículo 8 de la Ley 29785 que señala siete etapas mínimas que todo proceso de consulta debe considerar:

- 1) Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.
- 2) Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
- 3) Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
- 4) Información sobre la medida legislativa o administrativa.
- 5) Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.
- 6) Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
- 7) Decisión.

Precisamente habrá que determinar en el congreso de la República en que estamento se da lo que prevé el punto 5, es decir, la evaluación interna y el momento del diálogo que contiene el punto 6.

¹⁹ Con fecha 30 de abril del 2014 mediante oficio N° 0188-2014-DP la Defensoría del Pueblo envió a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República el Informe N° 001-2014-DP/AMASPP-PPI.

Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten.

4. Identificación de la medida legislativa

En primer lugar es necesario establecer cuándo un proyecto de ley debe ser sometido a un proceso de consulta previa ya que ello es uno de los asuntos ineludibles en la configuración del procedimiento legislativo. Al respecto, resulta útil lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0022-2009-PI/TC cuando señala que pueden distinguirse tres clases de medidas legislativas que pueden ser sometidas o no a consulta previa²⁰:

- 1) Normas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas. Aquí la consulta previa es obligatoria;
- 2) Normas de alcance general para todos los ciudadanos y ciudadanas que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. Aquí la consulta previa no es obligatoria;
- 3) Normas de alcance general que tiene en su contenido medidas que afectan directamente a los pueblos indígenas. Aquí la consulta previa es obligatoria.

A partir de lo cual se desprende que el criterio determinante es el de "*Afectación Directa*", que puede ser definida a partir de lo señalado en el artículo 3, literal b) del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa: Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos".

En segundo lugar, corresponde examinar cuál sería la instancia responsable del Congreso de la República encargada de realizar esta identificación. Al respecto es claro que esta función tendría que estar a cargo de un ente intermedio que reúna las características de especialización técnica y de pluralidad. Elementos necesarios para legitimar las decisiones que allí se adopten.

5. ¿En qué momento del procedimiento legislativo se realiza la Consulta Previa?

Se propone que el establecimiento del momento en el que debe realizarse la consulta previa, como parte del procedimiento de aprobación de una medida legislativa, debe efectuarse en base a consideraciones de legitimidad y de pertinencia, de modo que la medida consultada pueda ser aprobada o desestimada de forma razonable y recogiendo los intereses y necesidades de los pueblos indígenas consultados.

Es por ello que creemos que el momento adecuado para la consulta es después de elaborado el pre dictamen por la Comisión ordinaria especializada (artículo 77 del Reglamento del Congreso). De este modo, la propuesta consultada serviría para deliberar el acuerdo y ser puesta a debate y votación. De ser positiva la consulta sería remitida al Pleno como dictamen consultado.

²⁰ TC. Expediente N° 0022-2009-PI/TC párrafo 21.

Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten.

6. Naturaleza de los acuerdos vinculantes en la Consulta Previa

De conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la Ley 29785 – Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, el acuerdo obtenido entre la entidad estatal y el pueblo indígena consultado es obligatorio para ambas partes. Se trata de una decisión de la máxima importancia que posibilita el respeto a un diálogo de carácter genuino que por su naturaleza permite arribar a dicha conclusión.

En el caso del Congreso de la República el asunto a dilucidar es la naturaleza de los acuerdos suscritos por una comisión parlamentaria que luego deberá ser sometido a la votación del Pleno Legislativo. Al respecto debe tenerse en cuenta que según el artículo 93 de la Constitución los congresistas no están sujetos a mandato imperativo, lo cual podría interpretarse como que no les resulta vinculante los acuerdos que pudiesen haber adoptado otros parlamentarios como parte del procedimiento de consulta previa.

Frente a ello sostenemos que las prerrogativas establecidas en el citado artículo 93 que buscan asegurar un adecuado desempeño legislativo tienen que ser consideradas a la luz de lo establecido en otras normas constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos, por lo cual, ponderándose estas situaciones debe concluirse que el no estar sujetos a mandato imperativo de los legisladores y la inviolabilidad del voto tiene como límite el respeto a un derecho constitucional, que en este caso, siendo la consulta previa un procedimiento que permite arribar a un acuerdo, el mismo tendría que ser respetado por todos los suscriptores que actúan en representación de los pueblos indígenas por un lado y del Congreso de la República por otro lado. No razonar de este modo llevaría a un despropósito en el sentido de originar una situación irregular mediante el cual los congresistas desconocen un acuerdo vinculante que se origina en una norma legal y en un tratado internacional

7. Efectos de la iniciativa legislativa sobre la legislación nacional

La iniciativa de resolución legislativa establece la modernización del procedimiento de aprobación de leyes en el Congreso de la República acorde a lo establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Se trata de una obligación ineludible vigente desde 1995 y frente a lo cual existe una omisión en el Reglamento del Congreso.

8. Análisis costo beneficio

Este proyecto de resolución legislativa no irrogará gasto al Erario Nacional, debiendo reformularse las partidas presupuestales del Poder Legislativo ya que estamos ante obligaciones internacionales asumidas y normas vigentes de estricto cumplimiento.

En la medida que se apruebe este procedimiento que modifica el Reglamento del Congreso se conseguirá una mayor seguridad jurídica y predictibilidad en la medida que las iniciativas legislativas alcanzarán una mejor calidad y legitimidad. Asimismo, permitirá prevenir los conflictos

Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten.

sociales que se vienen produciendo en el país, que según cifras de la Defensoría del Pueblo, ascienden a 212 en el pasado mes de junio, la mayoría de los cuales tienen una naturaleza socio ambiental.

9. Relación de la iniciativa legislativa con las Políticas de Estado del Acuerdo Nacional

Este proyecto de resolución legislativa guarda estricta coherencia con las Políticas de Estado que fortalecen la democracia y la vigencia del estado de derecho, así como aquellas que reconocen la diversidad étnica y cultural.